Die rechtliche Natur des Gemeinschaftlichen Testamentes nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

hohen juristischen Fakultät
der Landesuniversität Rostock

vorgelegt von

Willy Hendrichs
Gerichts-Referendar
aus Solingen.

Angenommen im Mai 1901.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

1901.
Buchdruckerei Alb. Pfeiffer,
Solingen.

Meinem Vater

in Dankbarkeit.

Der Verfasser.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0091

Inhalt.

A. Historischer Teil.

Das Schicksal des Gemeinschaftlichen Testamentes seit den Beratungen der I. Kommission, mit besonderer Berücksichtigung seiner Umwandlungen hinsichtlich der rechtlichen Natur.

§ 1. I. Stellung der Motive.
II. Auflehnung der Kritik.
III. Stellung der Protokolle.
IV. Allgemeine Stellung des Bürg. Gesetzb.

B. Dogmatischer Teil.

I. Inwieweit ist das Gem. Testament ein Vertrag?
§ 2. 1) Im allgemeinen.
§ 3. 2) Unter alleiniger Berücksichtigung des korrespektiven Testamentes.
§ 4. 3) Unter Gegenüberstellung mit dem mit Rücktrittsvorbehalt abgeschlossenen Erbvertrage.
§ 5. 4) Unter alleiniger Berücksichtigung des mit dem Tode des erstversterbenden Gatten einsetzenden Rechtszustandes.
§ 6. II. Inwieweit liegt der Korrespektivität der Verfügungen des Gem. Testamentes Bedingtheit zu Grunde?
§ 7. III. Inwieweit findet Windscheidts Rechtskategorie „Voraussetzung“ Anwendung?
§ 8. IV. Inwieweit trägt das Gesamthandsprinzip zur Lösung des Problems bei?
V. Versuch eigner Lösung.

§ 1.

Es waren mannigfache Gründe, welche die Kommission für die I. Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches — Mot. V § 1913 S. 256 ff. — veranlassten, die Gemeinschaftlichen Testamente trotz ihrer weiten Verbreitung in Deutschland endgültig aus dem neuen Rechte auszuschalten. Eine Rechtsentwicklung, welche solche Testamente begünstigt habe, könne nur als eine abwegige bezeichnet werden. Vor allem seien Einfachheit und Klarheit bei ihnen zu vermissen.[1]) In allen Fällen, in denen bisher zum Gemeinschaftlichen Testamente gegriffen worden sei, möge man sich von nun ab mit dem begrifflich durchsichtigeren Erbeinsetzungsvertrage begnügen.

Schon der Umstand, dass fast eine jede gesetzliche Regelung Gemeinschaftlicher Testamente eine andere Auffassung von deren rechtlicher Eigenart in sich berge und die bei dieser Rechtsform besonders zahlreichen Einzelfragen in gänzlich verschiedener, ja z. T. widersprechender, Weise löse, müsse die Ueberzeugung aufkommen lassen, dass man es hier mit einer unglücklichen Missbildung zu thun habe. Ein Mittelding zwischen den beiden fest umrissenen und jedermann verständlichen Formen des Testamentes und des Erbvertrages, trage das Gemeinschaftliche Testament von einem jeden von ihnen entnommene, sich aber gegenseitig geradezu ausschliessende, Eigentümlichkeiten in sich. So verliere es z. B., obgleich es doch seinem Namen entsprechend eine letztwillige Verfügung sein wolle, gerade deren wesentlichste Eigenschaft, die jederzeitige Widerruflichkeit, in dem Augenblicke, wo der Überlebende unter den Erblassern die Erbschaft des Erstverstorbenen antrete.

---

[1]) vergl. Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts IV § 307 I: die Parteien kennen die Unterschiede zu wenig und seien darum den Notaren gegenüber hilflos. — vergl. ferner Bluntschli § 248.

So habe wenigstens das bisher in Preussen geltende Recht — A. L. R. II 1 §§ 492 ff. — bestimmt, und diese gesetzlich festgelegte Ansicht habe noch offenbare Vorzüge vor anderen Ansichten, vor allem den der Einfachheit.[2]) Allein auch die beste Regelung sei doch schliesslich nur eine „positive".[2]) Mit anderen Worten,[3]) es konstruiere der Gesetzgeber willkürlich eine Rechtsfigur, in der irrigen Meinung, dass es eine wirkliche Lücke zwischen den beiden oben genannten Testament und Erbvertrag auszufüllen gelte.

Der Missgriff bestehe nicht darin, dass man im einzelnen, hier und dort, eine der rechtlichen Natur des Instituts nicht entsprechende Gestaltung wage und damit eben dieser Natur Gewalt anthue, sondern ganz allein darin, dass man ihm überhaupt Aufnahme in das Gesetz gönne. Wie redlich man auch bemüht sein möge, eine gesetzliche Form zu finden, welche die gerügten Mängel nicht aufweise: es sei das eben ein Ding der Unmöglichkeit. Denn aus einem Gebilde, welches von vorneherein die heterogensten Elemente mühsam in sich vereinige, könne niemals ein in sich einheitliches Rechtsinstitut herausgebildet werden. Wohl könne der Gesetzgeber — falls er ein solches Rechtsgebilde in falscher Rücksichtnahme auf die weite Verbreitung dennoch beibehalten wolle — eine der mannigfachen Ausgestaltungen herausgreifen und ihr den Stempel der nunmehr einzig massgeblichen aufzwingen, er k ö n n e es, aber er d ü r f e es nicht. „Aufgabe einer neuen Gesetzgebung sei es, die Betretung des rechten Weges anzubahnen." Unter dem „rechten Wege" kann aber nach den Motiven nur der gemeint sein, der zu einer organischen Entfaltung der Gesetze führe, welche in einem jeden, im Rechts- und Verkehrs-Leben anerkannten, Rechtsbegriffe stecken.

Der Vorwurf, „das Institut des Gemeinschaftlichen Testamentes halte eine unklare Mitte zwischen Erbvertrag

---

[2]) vergl. dazu die ausführl. Besprechung in Petersen, die Berufung zur Erbschaft. . . . S. 69: „In solchen Fällen, wie der vorliegende, ist es gerechtfertigt, durch positive Bestimmungen dafür zu sorgen, dass befriedigende Zustände geschaffen, sowie Zweifel und Streitigkeiten thunlichst vermieden werden"; ferner S. 70.

[3]) Wir versuchen mit diesen Sätzen insbesondere eine Auslegung der vom Gesetzgeber in den Motiven zur Begründung seiner Ablehnung gebrauchten Ausdrücke: „abwegige Rechtsentwicklung" und „unklare Mitte."

und Testament, war jedoch nicht der einzige, den die Motive aussprachen. Wir haben ihn hier besonders herausgehoben, zuvörderst, weil er sich unmittelbar gegen die Rechtsnatur des in Rede stehenden Rechtsgeschäftes richtet, dann aber auch, weil er ja in letztem Grunde die beiden übrigen in sich birgt. — Mot. I s. o.! — Denn „die erhebliche Schwierigkeit, den Willen der Verfügenden zu ermitteln“ fliesst ja doch wieder schliesslich aus der anderen, die Eigenart des Geschäftes eindeutig zu bestimmen, durch welches der Verfügende seinen Willen hat bekunden wollen.

Um „die thatsächliche Beengung der freien Widerruflichkeit“, welche zum dritten getadelt wird, wurde ja oben schon als ein nach der Denkrichtung der Motive besonders charakteristisches Beispiel dafür angeführt, wie sehr im Gemeinschaftlichen Testamente der ursprüngliche Testamentscharakter verwischt sei.

Wie die Motive ausdrücklich zugeben, war man sich bei diesem durchgreifenden Schritte der gänzlichen Ausschaltung des Gemeinschaftlichen Testamentes vollauf bewusst gewesen, dass die Beseitigung eines so weit verbreiteten Instituts „vielfach als eine Beengung empfunden werden würde“.

Die Kritik forderte denn auch fast[4]) allseitig die Wiedereinstellung in den Entwurf.[5]) Die in den Motiven angegebenen Bedenken wurden zwar durchaus nicht für geringwertig eingeschätzt, im Gegenteile einer ernsten Würdigung unterzogen.

[4]) vergl. dagegen Ubbelohve im Archiv für die Civil-Praxis Bd. 75: „Ungeteilten Beifall wird bei allen Urteilsfähigen sicherlich der § 1913 finden, nach welchem mehrere Personen letztwillige Verfügungen nicht gemeinschaftlich errichten können“; vergl. ferner ebendort S. 403 Plank's mehr abwägende Beurteilung der von den Motiven eingenommenen Stellung; vergl. ferner Stein in dem Gutachten aus dem Anwaltsstande Heft 6 S. 476 f.

[5]) vergl. Verhandlungen des XX. Juristentages I. und IV. Band. Wohl am schroffsten tadelt Kühnast, das Erbrecht des Entwurfs . . .: S. 887: „Nichts hat der Entwurf erreicht, alles verdorben.“ Sowie a. a. O.: „Den juristischen Nerv des Instituts haben wenigstens die Verfasser der Motive nicht erkannt“; vergl. ferner: Stolterfoth, Beiträge . . . S. 89 Punkt 21, Loewenwald cit. S. 114, Bähr cit. S. 165, Klöppel in Gruchat's Beiträgen Bd. 33 S. 362; vor allem: Baron im Archiv für die Civil-Praxis Bd. 75 S. 240 f. Baron tadelt mit Recht, dass nach der Erklärung des Verfassers der Motive dennoch noch „abgesonderte Testamente korrespektiv errichtet werden“ können, damit also auch nicht „eine einzige Streitfrage aus der Welt geschafft werde“; ebenso Petersen, die Berufung zur Erbschaft, S. 66 unten. —

Ja sogar dort, wo man das Gemeinschaftliche Testament nicht geradezu für unentbehrlich erachtete, waren die Bedenken durchschlagend genug, es endgültig zu beseitigen. Unentbehrlich erschien es aber für das Testierbedürfnis der Ehegatten.[6]) An ihrem unleugbaren Interesse an der Beibehaltung zerschellten alle noch so gut begründeten theoretischen Ausstellungen. Man leugnete z. T. gar nicht, dass das Institut, wie es bisher gesetzlich gehandhabt worden sei, als schief und unglücklich, seine rechtliche Natur als durchaus verschwommen bezeichnet werden müsse. So beseitigten z. B. die Vorschläge, welche Enneccerus als Referent auf der 20. Juristentagung machte und welche sich im allgemeinen grossen Beifalls erfreuten, die Unwiderruflichkeit der von dem Überlebenden ehemals — d. h. zu Lebzeiten des nunmehr Erstverstorbenen — errichteten korrespektiven Verfügungen. Damit sei aber zugleich nach des Referenten Meinung — der von den Motiven gemachte „Einwand, dass das Gemeinschaftliche Testament eine unklare Mitte zwischen Testament und Erbvertrag halte, beseitigt", da ja nun auch wieder in ihm die ungetrübte Testamentsnatur zur Geltung komme. Also — das giebt Enneccerus damit doch zu — verharre man bei dem Standpunkte vieler, und zwar gerade besonders gewichtiger Gesetze, vor allem des Preussischen Landrechts, und schneide die Widerruflichkeit mit dem Erbantritte des Ueberlebenden ab, dann allerdings sei das Gemeinschaftliche Testament die „unklare Mitte". Andre wieder kamen dem Gesetzgeber und seiner in den Motiven entwickelten Auffassung weniger entgegen als Enneccerus. Ja sogar soll nach dem, in derselben Verhandlung des Juristentages von Eck gemachten, allerdings weniger unterstützten, Abänderungsantrage „der überlebende Ehegatte, sobald er die Erbschaft des zuerst Verstorbenen angetreten hat, das Recht, sein Testament zu widerrufen", gerade dennoch „verlieren". Eck sieht somit gar keinen Anlass, um begriffliche Unklarheiten zu vermeiden, das testamentarische Prinzip möglichst rein beizubehalten.

Sehr bezeichnend für die Stellungnahme der Versammlung war jedoch, dass man, nur um überhaupt das Gemein-

[6]) vergl. u. a. Loewenwald, d. Gem. Testam. . . ., S. 10 f.

schaftliche Testament für die Eheleute zu retten, dessen Notwendigkeit zum alleinigen Gegenstand der Abstimmung machte.

Man sagte sich, um diesen Zweck zu erreichen, solle man eine diesbezügliche, möglichst einstimmige Kundgebung erstreben, in dem Falle aber müsse eine Frage von sekundärer Bedeutung, wie es ja die Frage nach der rechtlichen Natur des Instituts sei, eine Frage, welche wegen ihrer schwierigen Beantwortung doch nur Zersplitterung der Stimmen herbeiführe, beiseite gelassen werden. Mit anderen Worten das grosse, hauptsächlich rein theoretische, Bedenken der Motive trat gänzlich zurück vor den Forderungen der praktischen Rechtsanwendung.

In diesem Zusammenhange verdienen des weiteren auch die beiden Gutachten eine besonders eingehende Beachtung, welche von namhaften Juristen zur Vorbereitung derselben Verhandlung abgegeben wurden.[7])

In dem ersten weist Laué den Vorwurf der Unklarheit des Gemeinschaftlichen Testamentes mit dem Hinweise darauf zurück, dass dann auch ein mit Rücktrittsvorbehalt abgeschlossener Erbeinsetzungsvertrag denselben Tadel verdiene. Gewiss erlitten die für die letztwilligen Verfügungen geltenden Prinzipal-Grundsätze bei ihrer Anwendung auf das wechselseitige Testament zwischen Eheleuten starke Einschränkung. Aber ihn schmerzt das weniger, als es den Gesetzgeber, den Verfasser der Motive, schmerzte. Sie sind — schreibt Laué[8]) — nicht so absolut für das Rechtssystem bindend, dass der Gesetzgeber nicht davon Ausnahmen sollte zulassen können. Auch er schätzt somit den praktischen Wert des Instituts höher ein als seinen einheitlichen Aufbau und die Reinheit seiner rechtlichen Natur.

Der zweite Gutachter, Wilke, leugnet sogar vollständig, dass dem Gemeinschaftlichen Testamente eine genügende Durchsichtigkeit fehle. „Das wechselseitige Testament ist und bleibt ein richtiges Testament.“ Er verschafft sich allerdings diese glatte Erledigung der Frage unseres Erachtens auf nicht einwandfreie Weise. Denn er begründet

[7]) Vergl. oben Anm. No. 3.
[8]) Vergl. S. 9 in Band I.

sein Urteil mit dem uneingeschränkten Satze, dass den das Gemeinschaftliche Testament errichtenden Personen keineswegs das freie Widerrufsrecht genommen sei. Wo es ihnen in der gesetzlichen Regelung doch genommen ist, so regelmässig dem Überlebenden nach dem Erbschaftsantritte bezüglich korrespektiver eigner Anordnungen,[9]) kann überhaupt für Wilke kein Gemeinschaftliches Testament, sondern eben nur ein Erbvertrag vorliegen. Für Wilke können dann allerdings keine Zweifel an der völligen Klarheit der Rechtsnatur bestehen. Und selbst wenn sie auch für ihn bestünden, so dürften sie dennoch niemals zu einer Beseitigung des „unklaren" Instituts führen: denn der Gesetzgeber hat nach Wilkes Ansicht der vorgefundenen Rechtsentwicklung zu folgen, nicht aber bei einer für abwegig gehaltenen Rechtsentwicklung die Betretung des rechten Weges anzubahnen.[10])

Wie eindrucksvoll die Gesammtkritik der Juristenwelt, in erster Reihe — ihrer zentralen Bedeutung entsprechend — diejenige der Juristentagung gewesen war, bewies alsbald die Stellungnahme der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches. Wie die Protokolle — Prot. V S. 423 f. u. 447 f. — darthun, stritt man sich nicht mehr um die Beibehaltung und Nichtbeibehaltung des Gemeinschaftlichen Testaments als solchen. Ein auf Entfernung gerichteter Eventualantrag — Antrag 8 — wurde nicht nur abgelehnt, sondern nicht einmal einer eingehenden Erörterung für würdig erachtet.

Welche Ausgestaltung dem Institut zu geben sei, diese vorwiegend praktische Frage galt es zu erledigen. Uns können hier nur die principiellen Beweggründe interessieren, welche zu den verschiedenen Anträgen führten.

So stützte sich ein Antrag — Prot. V. S. 453-4, — welcher die möglichst umfassende Uebertragung erbvertraglicher Formen auf das Gemeinschaftliche Testament zum Gegenstande hatte, auf die grosse Verwandtschaft, die zwischen einem korrespektiven Testamente und einem unter Rück-

[9]) Naturgemäss nicht in dem Falle, wo seitens des Überlebenden nur zu Gunsten des Erstverstorbenen korrespektiv verfügt worden ist. Hier ist ersterer ja naturgemäss nicht an seine Anordnung gebunden. S. unten S. 51.

[10]) Vergl. Mommsen im Archiv für Civil-Praxis Bd. 76 S. 189 Anm. 11.

trittsvorbehalt abgeschlossenen Erbvertrage bestehe.[11]) Einmal sei zwischen ihnen „kein grundlegender Unterschied, besonders insofern es sich um die Beerbung des Längstlebenden handle", und zum anderen seien die Gemeinschaftlichen Testamente ja auch ursprünglich aus den Erbverträgen hervorgegangen. Mit unseren Worten gesagt: Die ungefähre Uebereinstimmung in der rechtlichen Natur muss in der äusseren gesetzlichen Form ihren Ausdruck finden.

Ein zweiter Antrag, der im Gegenteil auf eine schärfere Trennung abzielte, liess sich dagegen durch „formaljuristische Bedenken" bestimmen: — Prot. V. S. 454 — wenn das Gesetz einmal zwei demselben Zwecke dienende Rechtsinstitute aufnehme, habe es auch für eine in die Augen springende Unterscheidung Sorge zu tragen; unzulässig sei z. B. jedenfalls eine unmittelbare Anwendung des Vertragsbegriffs „Rücktritt" auf die Verhältnisse eines einseitigen Rechtsgeschäfts, wie der letztwilligen Verfügung.

Noch weiter als dieser Antrag, aber auf Grund ähnlicher Gesichtspunkte, ging ein anderer, — Prot. V. S. 456 —, der dieselbe Regelung bezweckte, welche unter anderen bereits Enneccerus[12]) vorgeschlagen hatte. Auch dieser Antrag wollte, wie gesagt, scharf trennen: er räumte auf Seiten des gemeinschaftlichen Testaments auch die Gebundenheit des Ueberlebenden nach seinem Erbschaftsantritte fort. „Es empfehle sich gerade im Punkte des Widerrufs die Verschiedenheit zu betonen und dem Gemeinschaftlichen Testamente nicht, sei es von Anfang an, sei es von einem späteren Zeitpunkte, die Natur eines Erbvertrages aufzuprägen. Damit bleibt allerdings — wie schon ausgeführt — der testamentarische Charakter im auffälligen Gegensatz zu der straffen Struktur des Erbvertrags gewahrt. Wie jedoch schon die genannte Verhandlung auf der Juristentagung an den Tag gelegt hatte, konnte ein solch extremer Vorschlag auf wenig Zustimmung rechnen.

Denn ebenso wie man allgemein von der Beibehaltung des Gemeinschaftlichen Testamentes, als eines durchaus notwendigen Instituts, nicht ablassen wollte, ebenso glaubte

[11]) vergl. Meischeider, die letztwilligen Verfügungen. § 133, Anm. 9.
[12]) vergl. oben Anm. 5 Anfang.

man immermehr an der Bindung des überlebenden Ehegatten von dem besagten Augenblicke an festhalten zu müssen.

Wir haben uns im allgemeinen bisher absichtlich der Kritik an den verschiedenen Versuchen enthalten, welche gemacht wurden, um Klarheit über die eigentliche Natur unseres Instituts zu geben. Wir wollten bisher blos schlicht und knapp nachweisen, inwieweit auch sie zur Klärung beitrugen, ehe es endgültig im Bürgerlichen Gesetzbuche Aufnahme fand.

Mit der Aufnahme im 8. Titel des dritten Abschnitts des Erbrechts wäre somit die erste heissumstrittene Frage, ob das Gemeinschaftliche Testament Existenzberechtigung habe oder nicht, gelöst. Die zweite Frage, womit wir es eigentlich zu thun haben, also die nach der rechtlichen Eigenart des Instituts verlangt nunmehr umso dringender nach Antwort, als sie bisher, vor Erledigung jener anderen, oft genug hatte zurücktreten müssen.

Der Gesetzgeber selbst begnügte sich mit positiven Vorschriften über die praktische Anwendung und überliess alles Weitere der wissenschaftlichen Arbeit. Der von ihm gesteckte Rahmen ist nun aber weit genug, um eigentlich allen Begriffsbestimmungen Spielraum zu gönnen. Wir stehen also nach wie vor derselben Aufgabe gegenüber, uns mit der hauptsächlichsten unter ihnen auseinanderzusetzen.

Am eingehendsten werden wir uns mit derjenigen Auffassung auseinandersetzen müssen, welche in dem Gemeinschaftlichen Testamente doch nur einen mehr oder weniger verschleierten Erbvertrag zu erblicken vermag. Des weiteren verdient der Versuch, vermittelst des Gesamthandsprincips alle Fragen erledigen zu wollen, Beachtung, schliesslich dann auch der weitere Versuch, mit den Rechtskategorien Bedingung bezw. Voraussetzung zum Ergebnis zu gelangen.

§ 2

Das Gemeinschaftliche Testament ein Erbvertrag? Diese uneingeschränkte Definition haben wir allerdings nur an

einem Orte gefunden, wenigstens soweit wir nur die das Recht des Bürg. Ges. behandelnde Litteratur in Betracht ziehen.[13])

Heck in Halle schreibt in den Manuscripten zu seinen Vorlesungen (§ 268,6):

> „Das Gemeinschaftliche Testament ist aufzufassen als ein Erbvertrag in Testamentsform, bei welchem jedem Contrahenten der Widerruf für die Lebenszeit beider gesetzlich vorbehalten ist".

Also liegt überhaupt ein einziger Akt vor, in welchem beide Ehegatten neben einander von Todeswegen verfügt haben, haben wir es in Wirklichkeit mit einem Erbvertrage zu thun; das Testament giebt im wesentlichen nur seinen Namen her. Im Hinblick darauf, dass diese extreme Anschauung kaum auf eine, wenn auch geringe, Anerkennung rechnen dürfte, würden wir gerechtfertigt sein, wenn wir es bei einem blossen Hinweise bewenden liessen. Wir wollen aber trotzdem Heck's Gedanken aufnehmen: seine Bekämpfung wird vorzüglich geeignet sein, unsere eigene Stellung abzugrenzen.

Warum kann unser Institut, das sich ein Testament nennt, wenigstens dasselbe in seiner einfachsten Form, also der des Testamentum simultaneum, nicht ein Erbvertrag sein? Oder m. a. W. worin besteht der charakteristische Unterschied zwischen einem Vertrage und einem Gemeinschaftlichen Testamente?[14])

Wie bei einem, von zwei Personen unter einander abgeschlossenen, Vertrage stehen sich nun ja allerdings auch beim Gemeinschaftlichen Testamente zwei Parteien gegenüber, deren Erklärungen regelmässig in enger innerer Beziehung zu einander stehen.[15]) Liegt eine solche Beziehung aber überhaupt vor, bringt es die Natur der Sache ja gar zu leicht mit sich, dass man auch hier von einer beider-

[13]) Ältere Litteratur: „Beseler, die Lehre von den Erbverträgen" 1835 II. 1. § 13 S. 329, wo dieser sich auch gegen die Vertragstheorie wendet.

[14]) Wir wollen also zunächst das Institut im allg. ins Auge fassen — also vor allem ohne Rücksicht auf Korrespektivität. —

[15]) m. a. W. das test. simultaneum meist auch ein reciprocum, vergl, Stobbe 307 I, Endemann § 45,2, Strohal § 45 IV Anfang, Frommhold, 1· Vorbemerkung zum VIII. Titel des III. Abschnittes B. G. B.

seitigen Bindung spricht. Gewiss wird man somit hier unwillkürlich an die vertragliche Bindung der Parteien erinnert.

Aber eine solche Bindung ist doch stets bloss eine sittliche, nicht rechtliche im strengen Wortsinne. Der jederzeitige Widerruf steht trotzdem beiden Seiten grundsätzlich offen.

Beide Rechtsgeschäfte, Gemeinschaftliches Testament und Erbvertrag, setzen sich aus je zwei einseitigen Willenserklärungen zusammen: während diese nun beim Gemeinschaftlichen Testamente in ein gewisses mehr oder weniger straffes Abhängigkeitsverhältnis treten können, müssen sie solches beim Vertrage, soll überhaupt ein Vertragsgebilde zustande kommen. Jede von ihnen stellt beim Gemeinschaftlichen Testamente eine durchaus vollgültige letztwillige Verfügung dar,[16]) sie bedarf mit anderen Worten nicht des Hinzu- und Zu ihr in Berührung-Tretens einer anderen, damit sie überhaupt die rechtliche Kategorie „Testament" vertrete.

Anders beim Vertrage: eine der beiden einseitigen Willenserklärungen, welche in jedem Vertrage stecken, als solche ist rechtlich bedeutungslos,[17]) sie ist nicht selbst für sich wieder ein Vertrag, wie beim Gemeinschaftlichen Testamente jede der einzelnen einseitigen Verfügungen für sich wieder ein selbstständiges Testament, das allen begrifflichen Erfordernissen genügt, darstellt. Erst wenn dem Vertragsantrage, als erster einseitiger Erklärung, die zweite in Gestalt der Annahme folgt, ist die Möglichkeit gegeben, dass ein Vertrag zustande komme. Aber eben bloss die Möglichkeit: die Folge der beiden Erklärungen auf einander genügt noch nicht zum Zustandekommen, wie sie genügt, damit ein Gemeinschaftliches Testament entstehe. Es bedarf ja des weiteren noch dessen, dass die zweite Erklärung den wesentlichen Inhalt der ersten zu dem ihrigen macht, dass m. a. W. Übereinstimmung, Einigung vorhanden ist.

[16]) vergl. Frommhold, 1. Vorbemerkung am Schluss.

[17]) wenigstens in diesem Zusammenhange.

Wie bereits schon angedeutet, liegt hingegen ein Gemeinschaftliches Testament schon dann vor, wenn z. B. der eine Ehegatte seinerseits den anderen bedenkt, dieser hingegen nur einen Vormund benennt.

Aus alledem folgt aber des weiteren, dass das Gemeinschaftliche Testament nichts Anderes ist als die Summe der beiden es zusammensetzenden einseitigen Verfügungen. Es stellt diesen seinen Bestandteilen gegenüber keine begrifflich völlig andersgeartete, eigenen Gesetzen unterliegende, Sonderexistenz dar. Wohl ist jedoch, im Gegensatze dazu, der Vertrag eine solche. Als typisch zweiseitiges Rechtsgeschäft unterscheidet er sich denkbar scharf von den ihn zusammensetzenden einseitigen Rechtsgeschäften. Hier schafft die Verbindung beider ein Geschäft, dort, beim Gemeinschaftlichen Testamente, verbleiben auf Grund blosser Nebeneinanderstellung deren zwei. Daran ändert auch garnichts der Name: „Das Gemeinschaftliche Testament.“ Windscheid[18]) besagt mit Bezug darauf mit Recht:

> „Der Ausdruck Gemeinschaftliches Testament ist nicht genau: was man Gemeinschaftliches Testament nennt, ist nicht ein Testament, sondern eine Verbindung von Testamenten Mehrerer in demselben Testamentsakte“.

§ 3.

Die somit zweifellos scharfe Unterscheidung des Gemeinschaftlichen Testamentes und eines Vertrages brauchte ja nun nicht auszuschliessen, dass ersteres unter bestimmten Umständen dennoch ein Vertrag sei, bezw. sich in einen solchen verwandle.[19]) An und für sich dürften wir also auch nichts Auffälliges darin finden, wenn das Gesetz das Gemeinschaftliche Testament von dem Augenblicke an zu einem Vertrage stempeln würde, wo es die Merkmale der

[18]) vergl. § 568 Anfang. Ebenso Endemann § 45 Anfang, Strohal § 43 Anfang, Wilke . . . Kommentar, Vorbemerkung zum VIII. Titel, sowie Loewenwald, d. Gemeinsch. Testam. S. 5.

[19]) Es sei nur an die unter gewissen Umständen erfolgende Umwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld erinnert, welche auch von Gesetzeswegen eingreift.

Korrespektivität an sich trüge.[20]) Wie wir unten näher ausführen werden, hat es denn auch nicht an Versuchen gefehlt, wenigstens hier das vertragliche Element zu entdecken.[21])

Ehe wir jedoch darauf eingehen, müssen wir zunächst die Vorfrage[22]) beantworten, in welchem Umfange man im neuen Rechte von Korrespektivität spricht, um damit zugleich festzustellen, inwieweit überhaupt der Vertragscharakter beansprucht werden kann.

Nach dem § 2270 B. G. B. liegt nun Korrespektivität der beiderseitigen Verfügungen vor

1) wenn ein ausdrücklich darauf gerichteter Wille beider Ehegatten vorhanden ist,
2) wenn ein solcher zwar fehlt, jedoch kein Zweifel besteht, dass die Gatten ein korrespektives Testament haben errichten wollen[23]),
3) wenn ein solcher Zweifel zwar wohl besteht, jedoch einer der beiden, vom Gesetze — § 2270 Abs. 2 — hervorgehobenen Fälle vorliegt.

Damit ist aber zugleich gesagt:

1) dass nach dem Rechte des Bürg. Ges. die Korrespektivität keine wesentliche Eigenschaft eines jeden Gemeinschaftlichen Testamentes ist, wie es noch Brinz[24]) gewollt hatte,
2) dass keine Vermutung für Korrespektivität spricht[25]),
3) dass der Umfang derselben im neuen Rechte weiter ist, als er bisher durchweg in der Praxis angenommen wurde. Man ziehe z. B. folgende Stelle in

[20]) Wie aber schon gesagt, hat der Gesetzgeber jede derartige positive Bestimmung vermieden.

[21]) vergl. u. a. Loewenwald, d. Gem. Testam. S. 48.

[22]) diese Frage kann für uns hier nur als eine solche in Betracht kommen, obgleich sie — wie Endemann mit Recht sagt — „das eigentliche Problem“ (a. a. O. Anm. 9) abgiebt.

[23]) vergl. Frommhold, Komm. Bem. 1 zu § 2270 von 1886 und ferner Loewenwald, d. Gem. Testam. . . . S. 19. —

[24]) vergl. Brinz, Lehrbuch der Pandekten III § 370.

[25]) vergl. Denkschrift S. 278 und Matthiass § 134 II c. und ferner Loewenwald, d. Gem. Testam. . . . S. 19; dagegen Wilke . . ., Kommentar zum B. G. B., Anm. 1 zum § 2270, sowie ebenfalls Borcherdt, das Erbrecht und die Nachlassbehandlung II S. 495 oben; und wieder in unserem Sinne Loewenwald S. 24 (besonders ausführlich) und S. 31.

den Entscheidungen des Reichsgerichtes heran[26]), nach welcher Korrespektivität vorliegen soll, „wenn die Anordnungen der Ehegatten gemeinsame Verfügungen enthalten, welche eine vorgängige Übereinkunft zur notwendigen Voraussetzung gehabt und mit genügender Sicherheit erkennen lassen, dass und inwieweit die Testierenden sich gegenseitig vertragsmässig haben vinkulieren wollen". Von diesen Voraussetzungen weiss der § 2270 Abs. 1 garnichts, er spricht nur von „Verfügungen, von denen anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des andern getroffen sein würde". . . . . .

Also innerhalb dieses, vom Gesetz möglichst klar gegebenen Rahmens[27]) soll das Gemeinschaftliche Testament einen Vertrag darstellen oder — doch wenigstens ein „vertragartiges Element" enthalten. Denn nur von letzterem spricht z. B. Endemann.[28]) Er hat offenbar auch Bedenken, bedingungslos von einem Vertrage zu sprechen, und behilft sich mit diesem unglücklichen, weil nicht genugsam fassbaren, Ausdrucke, um die „unklare Mitte" zu bezeichnen. Wir dürfen uns aber damit nicht zufrieden stellen lassen, weil wir auf diesem Wege der Erledigung unserer Frage um keinen Schritt näher kommen,[29]) sondern müssen bestimmt fragen: Liegt dem korrespektiven Testamente ein Vertrag zu Grunde oder nicht? Haben wir aber endgültig die Vertragsnatur geleugnet, müssen wir auch Endemann's „Element" fallen lassen, um die gewonnene Klarheit nicht gleich wieder zu verlieren. Denn wollten wir es trotzdem beibehalten, besagte es doch nur etwa folgendes: das Testament hat im korrespektiven Testament, obgleich es durchaus Testament geblieben ist, eine solche Gestaltung angenommen,

[26]) vergl. Reichsg. Bd. VI S. 175 die nähere Ausführung des Unterschieds s. u.

[27]) vergl. daneben ältere Autoren, z. B. Stobbe S. 255: „es ist für den einzelnen Fall zu untersuchen, ob anzunehmen sei, dass jeder so wie geschehen, nur in Rücksicht auf die Disposition des Anderen verfügt habe, d. h. ob d. Korr. von den Testatoren gewollt sei." — Ähnl.: Hartmann § 5 S. 134 ff. Weiter: Windscheid § 568: „im Zweifel ist dies (Korr.) als ihr Wille anzusehen", ebenso Dernburg, Pandekten § 97 u. a.

[28]) vergl. Endemann § 45 Anm. 7 und Prot. V S. 454 unten.

[29]) vergl. Alffers S. 29 unten. (§ 4.)

dass es unwillkürlich an ein Vertragsgebilde erinnert, ja dass es dem äusseren Ansehen nach einem Erbvertrage zum Verwechseln ähnlich ist.

Daraus ist aber doch noch lange nicht eine rechtsbegriffliche Übereinstimmung abzuleiten, die Annäherung, welche unter beiden Instituten erfolgt ist, lässt nur den gänzlich verschiedenen Ursprung und die gänzlich verschiedene Wesensart nicht auffallend genug zur Geltung kommen. Daher ist dann allerdings die von Endemann berührte Thatsache abzuleiten, dass sich die Ehegatten selbst bei Errichtung eines korrespektiven Testamentes vertragsmässig gebunden glauben. Wäre die Annäherung (s. o.) nicht eine so grosse, würde sich im einzelnen die positive Regelung seitens des Gesetzgebers[30]) auch nicht auf beiden Seiten — auf Seite des korrespektiven Testamentes und des Erbvertrages — so überaus ähnlich gestaltet haben.[31])

Nur darum, weil der eine Ehegatte diese Verfügung trifft, trifft ja der andere jene. Die eine soll das Äquivalent der anderen sein. Die Abhängigkeit ist weiterhin so total, dass die Wirksamkeit der einen nur fortbestehen soll, wenn nicht die andere hinfällig wird.[32]) So glaubt denn auch Endemann die beste, „juristische Erklärung" zu geben, wenn er vergleichsweise von einer „synallagmatischen Verbindung beider Verfügungen" spricht.

Der Hinweis auf den gegenseitigen Vertrag dient nun gewiss zur grösseren Veranschaulichung auch des korrespektiven Testamentes, ohne dass wir jedoch gezwungen wären, nunmehr auch in ihm das vertragliche Element zu finden. Es bleibt doch immer der fundamentale Unterschied bestehen, dass der synallagmatische Vertrag einen Nexus zwischen zwei Personen schafft, kraft dessen der eine wie der andere ein klagbares Recht gegenüber dem Contrahenten gewinnt, kraft dessen aber auch beide in eine rechtliche Gebundenheit eintreten, dass — derartiges aber dem korre-

[30]) vergl. Prot. V S. 453, woselbst eingehende Behandlung der Frage.

[31]) vergl. B. G. B.: § 2269 mit 2280; 2270 II mit 2278 II; 2271 I 1 mit 2294 und 97; 2273 mit 2300 u. a.

[32]) genauer: nichtig ist bezw. wird oder widerrufen wird § 2270 I vergl. dazu Strohal § 43 Anm. 7, sowie Frommhold zu § 2270 B. G. B. in Anm. 3.

spektiven Testamente fremd ist. Weil ich als Kontrahent dem anderen gegenüber ein Recht erworben habe, bezw. um dieses Recht zu erwerben, muss ich auch eine Gebundenheit auf mich nehmen, oder — was dasselbe bedeutet — ich muss dem anderen auch ein Recht mir gegenüber einräumen.

Treffe ich aber eine korrespektive Verfügung, gewähre ich damit doch noch lange kein Recht und erziele auch nicht die Übernahme einer rechtlichen Gebundenheit seitens des Gatten. Kurz eine rechtliche Bindung der verfügenden Subjekte liegt gar nicht vor, wie sie zur Begründung eines Vertragsverhältnisses wesentlich ist[33]). Nicht die Personen — hier also die Eheleute — geraten in Abhängigkeit von einander, sondern, mit deren Willen allerdings, nur — deren Verfügungen als solche unter sich. Gewiss fällt die zweite Verfügung nach Wegfall[34]) der ersten schliesslich aus demselben allgemeinen Grunde weg, wie auch beim Gegenseitigen Vertrage: gemäss dem Grundsatze **do ut des**; giebst du nicht, dann gebe ich auch nicht. Wohl am augenfälligsten wirkt der Unterschied im Stadium der einseitig vorgenommenen Aufhebung. Als am Vertrage Beteiligter hafte ich an dem einmal gegebenen Worte, ich allein kann — selbst unter Verzicht auf die Gegenleistung — nicht willkürlich die Klammer, welche uns beide umschlingt, sprengen. Werde ich doch „vertragsbrüchig", indem ich mein Versprechen nicht einlöse, entziehe ich mich damit doch durchaus nicht der vertraglichen Gebundenheit: z. B. an die Stelle meiner versprochenen Leistung tritt einfach das Erfüllungsinteresse, ich bin nach wie vor vertraglich gebunden. Als Ehegatte kann ich dagegen meine korrespektive Verfügung, die doch auch ein Versprechen den anderen gegenüber darstellte, wann es mir passt, willkürlich aufheben. Ich habe damit aber nicht nur *meine* Verfügung, nein, ohne Zuthun des anderen, gleich das ganze korrespektive Testament hinfällig gemacht. Von einer Bindung meinerseits kann demnach nicht die Rede sein: es fehlt das Essentiale des Vertragsbegriffes. Einseitige

---

[33]) vergl. das römische vinculum iuris, das Haften im Wort.

[34]) vergl. s. o. Anm. 24.

und zweiseitige Rechtsgeschäfte sind eben so gänzlich entgegengesetzte, unvereinbare Erscheinungen, dass nur das eine o d e r nur das andere vorliegen kann[35]).

§ 4.

Wir haben dem korrespektiven Testamente bisher nur den Vertrag im allgemeinen gegenübergestellt, ohne den mit Vorbehalt des Rücktrittsrechtes abgeschlossenen Vertrag, [hier speziell den Erbvertrag dieser Art], im besonderen zu berücksichtigen. Ihm ermangelt doch gerade das, was soeben als das charakteristische Merkmal eines Vertrages, als das Unterscheidungsmerkmal gegenüber dem korrespektiven Testamente, hingestellt wurde: die unauflösliche Gebundenheit beider Contrahenten. Und dennoch anerkennt ihn das Gesetz sowohl im Recht der Schuldverhältnisse als im Erbrechte vollauf als Vertrag; somit steht also doch nichts im Wege, wenn wir im korrespektiven Testamente trotzdem einen verkappten Vertrag entdecken?

Dass wir es hier mit einer ausserordentlichen, fast gewagten Annäherung beider Institute zu thun haben, kann ja niemand leugnen. Man half sich aber in der Kritik und in der Auslegung des Gesetzestextes nicht damit, dass man das korrespektive Testament, sondern dass man einen mit Rücktrittsvorbehalt abgeschlossenen Erbvertrag als das nicht gelten liess, als was er sich ausgab[36]).

So fragt z. B. Schiffner[37]):

> „Will der überhaupt gebunden sein, welcher sich die Erklärung vorbehielt, durch die er willkürlich bewirken darf, dass er nicht gebunden sei?“ Für Schiffner ist ein solcher Vertrag überhaupt kein Erbvertrag mehr.

[35]) vergl. Kühnast, das Erbrecht des Entwurfs . . ., S. 89: „die raison d'être dieses Instituts (d. G. T.) ist gänzlich verschieden von der der Erbverträge. Diese sind auf die D a u e r berechnet und bezwecken die S i c h e r u n g des einen Contrahenten gegen den anderen. Die wechselseitigen Testamente dienen dem Wechsel der Umstände und sind auf den Widerruf berechnet. Immer ist ihr Grundgedanke ein sittliches do ut des: Vertrauen gegen Vertrauen“.

[36]) vergl. z. B. Petersen, die Berufung zur Erbschaft. — S. 71.

[37]) vergl. S. 184. Seltsamerweise will er ihm jedoch den Vertragscharakter selbst nicht absprechen.

Wilke[38]) spricht ihm in seinem Gutachten auch den Vertragscharakter ab, allerdings nur dann, wenn „der Vorbehalt des unbedingten beiderseitigen Rücktritts" gemacht sei. Hier liege „in Wirklichkeit nichts Anderes als ein Testament" vor. Wilke hat gewiss nicht behauptet, dass der mit einseitigem Rücktrittsvorbehalt abgeschlossene Erbvertrag — dieser wird wohl die Regel ausmachen — auch nur ein verstecktes Testament sei. Wohl aber soll ein solcher Vertrag eher ein Testament sein, als umgekehrt ein korrespektives Testament ein Vertrag. „Das Wesen des letzteren ist nicht unklar". „Viel eher dürfte auf einen solchen widerruflichen Erbeinsetzungsvertrag, welchen der Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches zulassen will, der Vorwurf passen, dass er ein unklares Mittelding zwischen Erbvertrag und Testament sei."

Wie Wilke über den Erbvertrag denkt, gehört nun zwar nicht hierher. Uns interessiert in diesem Zusammenhange nur, dass auch er gleich uns in der auffälligen Verwandtschaft zwischen den in Frage stehenden Instituten keinen Grund sieht, dem korrespektiven Testamente seine Testamentsnatur abzusprechen. Die Verwandtschaft ist keine begriffliche, sondern eine bloss äusserliche, praktische. Als solche macht sie sich allerdings so sehr geltend, dass — wie die Protokolle auf S. 453 ausführen — „die Wahl des einen oder anderen oft von zufälligen Umständen abhänge; ob das eine oder andere gewollt sei, komme häufig den Erblassern selbst nicht recht zum Bewusstsein.

Einen weiteren Beleg noch für die begriffliche Verschiedenheit: wie steht es auf beiden Seiten mit der Möglichkeit der einseitigen Aufhebung? — Hier, beim korrespektiven Testamente, wie überhaupt bei dem Testamente, ist die Widerrufsmöglichkeit das unentbehrliche, geradezu am meisten charakteristische, Begriffsmerkmal, wie im römischen, so im modernen Rechte. Dort, bei dem mit Rücktrittsvorbehalt abgeschlossenen Erbvertrage, wie überhaupt Verträge, bleibt die Rücktrittsmöglichkeit etwas Zufälliges, in das Belieben der Parteien Gestelltes.[39]) Ja man

[38]) vergl. Wilke S. 15 bis 16.

[39]) vergl. Frommhold: Anm. 2 a zum § 2271 B. G. B.

könnte sogar — und diesem Gedanken giebt ja Schiffner in seiner oben wiedergegebenen Frage auch Ausdruck — sagen: die Rücktrittsmöglichkeit ist dem Vertrage nicht nur nicht wesentlich, nein im Grunde sogar schwer mit seiner straffen Natur vereinbar. Also der denkbar grösste Unterschied: während die einseitige Aufhebungsmöglichkeit untrennbar ist von der Testamentsnatur, mit dessen Errichtung demnach sogleich begründet wird, bedarf es, damit eben diese auch der einzelnen Vertragspartei gegeben sei, der besonderen Abmachung.

Man beachte ferner die Verteilung der gesetzlich angewandten Bezeichnungen für die beiderseitigen Aufhebungsmittel. Nicht umsonst wendet das Gesetz den terminus „Widerruf“ auf das korrespektive Testament, dagegen umgekehrt den des Rücktritts auf den Erbvertrag an. Schon im gewöhnlichen Sprachgebrauche[40]) bedeutet das Wort Widerruf „die Beseitigung der Folgen eines Rechtsgeschäftes in den Fällen, wo die Verfügungsmacht über die abgegebene Erklärung nur dem Erklärenden zukommt; dagegen spricht man von Rücktritt[41]) dann, wenn ein Erfolg abgewendet wird unter event. Durchbrechung des erheblichen Willens eines Anderen in Bezug auf den Erfolg“.

Das Gesetz hat im allgemeinen darnach verfahren. Da, wo uns der Widerruf begegnet, beim korrespektiven Testamente — B. G.-B. § 2270 ff. — ist selbstredend noch kein Recht seitens des Bedachten begründet, wohl jedoch bei dem mit Vorbehalt abgeschlossenen Erbvertrage, „von welchem“ man nach dem § 2294 ff. „zurücktritt“. Die unterschiedliche Anwendung der beiden termini ist der Ausdruck für die tiefgreifende Verschiedenheit der beiden Institute und ein weiterer Beleg dafür, dass das korrespektive Testament aller Vertragsnatur entbehrt.

§ 5.

Wie sollen wir uns aber nach dem Vorhergehenden zu dem zweiten Absatze des § 2271 B. G.-B. stellen: „Das

[40]) vergl. Kaufmann S. 89 [Bd. I, Absch. III].

[41]) vergl. ferner d. Prot. V. S. 454, „seine Anwendung auf einseitige Rechtsgeschäfte sei etwas ganz ungewöhnliches.

Recht zum Widerrufe erlischt mit dem Tode des anderen Ehegatten“? Hier wird doch der Grundsatz der allgemeinen Widerruflichkeit der Testamente völlig verlassen, und geradezu die Wirkung[42]) des Erbvertrages geschaffen. Hier ist der Überlebende an seine testamentarische Verfügung gebunden, und zwar nach dem Erbschaftsantritte, falls — das Gesetz spricht diese nach der Sachlage unbedingt notwendige Einschränkung nicht aus[43]) — er in dieser nicht nur den anderen, nunmehr verstorbenen, Gatten, sondern auch noch ausserdem oder ganz allein Dritte bedacht hat. — An der Thatsache, dass hier eine endgültige Bindung gegeben sei, kann also nicht gerüttelt werden; für uns fragt es sich einstweilen nur, ob diese Bindung eine vertragliche sei. Dass sie es sei, führt Dernburg in den Pandekten[44]) uneingeschränkt aus:

„Man muss es daher als Vertragswillen der korrespektiv Testierenden ansehen, dass der Längstlebende, welcher Erbe des Mittestators geworden, nunmehr seine mit Rücksicht auf den Mittestator, insbesondere zu Gunsten der Verwandten desselben getroffenen Anordnungen nicht mehr zurücknehmen darf. In diesem Sinne liegt allerdings in dem korrespektiven Testamente zugleich eventuell ein Erbvertrag.“ Die Verhältnisse liegen im neuen Rechte ebenso, wie sie Dernburg seiner Beurteilung zu Grunde legt, das Gesetz zwingt ihn somit kaum, seine Auffassung zu ändern.

Nicht ganz so uneingeschränkt, vorsichtiger, macht sich dieser Standpunkt in der Praxis des Reichsgerichts geltend.[45]) Es spricht nicht gerade gleich von einem Erbvertrage, wie Dernburg, sondern von einem Testamente, in welchem ein vertragsähnliches Moment liege! Wir haben jedoch schon gesagt, dass dieser Ausdruck von sehr geringer Bedeutung für die juristische Begriffsbestimmung sei. Wir fragen vielmehr wieder: Müssen wir hier einen Vertrag anerkennen, oder auch hier nicht?

Ganz abgesehn von sachlichen Gründen: würde der Gesetzgeber, falls er selbst hier einen Erbvertrag gewusst

---

[42]) vergl. Mot. V S. 255 und Stobbe S. 259 (§ 307).
[43]) vergl. Stobbe § 307 S. 257 und Matthiass § 134 am Schluss.
[44]) vergl. Dernburg, Pandekten III S. 189.
[45]) vergl. Reichsgericht VI S. 174—176, Entscheidung vom 24. II. 1882.

hätte, das unausgesprochen gelassen, vor allem das Institut [des nunmehr also in einen „Vertrag“ umgewandelten korrespektiven Testamentes] ohne ausdrückliche Bezeichnung mit der ganzen Testamentslehre zusammen behandelt haben? Hätte er das in diesem Falle nicht umsoweniger thun dürfen, als hier eine gemeinrechtliche Streitfrage im Spiele war, welche eine besonders durchsichtige Behandlung seitens des Gesetzes forderte?

Unsers Erachtens liegt schon in der Thatsache, dass der Gesetzgeber die ganze Lehre vom korrespektiven Testamente, im besonderen die Bestimmung des § 2271 Abs. 2, im 8. Titel des dritten Abschnittes des Erbrechts bringt, und gleich darauf im vierten Abschnitte, also scharf gesondert, die Verfügung von Todeswegen in Vertragsform behandelt, ein genugsam zwingender Grund zu der Annahme, dass er nirgendwo im dritten Abschnitte ein vertragliches Element anerkannt wissen will.

Der § 2271 Abs. 2 besagt auch nicht etwa: „von seinem Erbschaftsantritte an ist der überlebende Testator an seine korrespektive Verfügung gebunden“, sondern doch nur: „das Recht zum Widerrufe erlischt mit dem Tode des anderen Ehegatten“. Auch hierin spiegelt sich u. E. die Denkweise des Gesetzgebers, er denkt offenbar hier weniger an den nunmehr nach dem Tode einsetzenden Zustand, an die Begründung eines neuen Rechtsverhältnisses, sondern eben bloss an die rein negative Thatsache der Beendigung eines bisherigen Zustandes, wo der Widerruf noch wirksam war. Er enthält sich jeglichen Urteils über den rechtlichen Charakter der nach „Erlöschen des Rechtes zum Widerrufe“ beginnenden Rechtslage.

Dass ein Vertrag zustande komme, bedarf es zuvörderst eines Vertragswillens. Ein solcher wird ja nun wohl in sehr vielen Fällen vorhanden sein. Endemann[46]) mag ja mit Recht annehmen, „dass die Bestimmungen meist als vertragsmässig bindende von den Ehegatten gemeint seien“, auch braucht der Umstand[47]), dass die Ehegatten nicht zum Erbvertrage, sondern zum Gemeinschaftlichen Testamente

[46]) Endemann a. a. O. Anm. 11.

[47]) vergl. Prot. V S. 453 unten!

gegriffen haben, nicht das Gegenteil zu bekräftigen: aber dieser eventuelle Vertragswille schafft die in Frage stehende Bindung nicht, er ist durchaus unerheblich, ja er entspringt u. E. geradezu einem Rechtsirrtume. Denn ein solcher liegt vor, wenn ich glaube, durch meinen Willen allein einen rechtlichen Erfolg herbeiführen zu können, der doch ganz unabhängig von ihm eintritt, eben eintritt, sowie nur die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Der Wille der gemeinsam verfügenden Eheleute braucht sich einzig und allein auf das Inbeziehungsetzen der beiderseitigen Anordnungen zu richten: die Bindung nach dem Erbschaftsantritte des Überlebenden tritt dann von selbst ein.

Setzen wir den Fall, dass die Ehegatten zwar korrespektive Verfügungen treffen wollen, jedoch davon, dass hernach eine solche Bindung nach dem Tode eines von ihnen für den anderen eingreifen wird, nicht unterrichtet sind. Der „Vertragswille" wäre somit nicht auf die Gebundenheit gerichtet, sie würde aber zu ihrer Zeit nichtsdestoweniger Platz greifen. Und würde der Fall anders liegen, wenn ein derzeitiges Gebundensein von den Verfügenden von vorneherein garnicht beabsichtigt, ja wider ihren Willen war? Man hatte wohl gewollt, dass die Verfügung des einen in korrespektiver Beziehung zu der des andern stehen sollte, nicht jedoch, dass der Überlebende in seiner Testierfreiheit behindert sein sollte: der Mangel dieses Willens war jedoch nicht offenbar geworden, z. B. weil beide Teile diese Wirkung nicht in den Kreis ihrer Erwägungen gezogen hatten.

Also soweit überhaupt ein Vertragswille vorhanden ist, so hat er nur die — rechtlich unerhebliche — Bedeutung, dass eine an und für sich schon einsetzende Rechtswirkung noch ausserdem dem Willen der Beteiligten entspricht.

Und gesetzt auch, wir anerkennten dennoch wenigstens hier das Vorhandensein eines Vertrages, sein Inhalt wäre dann naturgemäss die beiderseitige Verpflichtung, nach dem eventuellen Vorversterben des Gatten von einer Abänderung bezw. Aufhebung der Bestimmungen des korrespektiven Testamentes Abstand zu nehmen. Nach seiner thatsächlichen Gestaltung würde ein solcher „Vertrag" wohl

meist noch weitere Anordnungen enthalten, z. B. vor allem die Bindung der Ehegatten auch schon zu ihren Lebzeiten nach Art des Erbvertrages bezwecken[48]). Für uns käme jedoch in diesem Zusammenhange nur der Verzicht auf das Widerrufsrecht als Vertragsinhalt in Betracht[49]). Ein solcher Vertrag ist aber nunmehr nach dem neuen Rechte, im Gegensatz zum deutschen und gemeinen Rechte, wie überhaupt eine jede derogatorische Klausel, unwirksam. § 2302 B. G.-B. besagt: „Ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todeswegen . . . . . nicht aufzuheben, ist nichtig". Ein Vertrag darf — und zwar in Gestalt des Erbvertrages — nur positive Anordnungen, und zwar auch wieder nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen „vertragsmässig" — B. G.-B. § 2278 II — enthalten.

Wir hatten uns bisher die Entstehung eines solchen „Vertrages" naturgemäss zur Zeit der Errichtung des korrespektiven Testamentes gedacht, also zu einer Zeit, wo man am ehesten von einer vertraglichen Verständigung unter den Ehegatten sprechen darf. Es käme zum zweiten aber diejenige Theorie in Frage, welche wohl zuerst von Puchta[50]) vertreten wurde und hernach in Theorie und Praxis[51]) gleich stark verbreitet war: erst mit dem Erbschaftsantritte des Überlebenden entsteht ein Erbvertrag. Und zwar **propter quasi contractum hereditatis aditionis**, d. h. auf Grund eines in seinem Erbschaftsantritte gelegenen Quasikontrakts ist der Überlebende an seine Verfügungen gebunden. U. E. ist diese Lösung eine ebenso willkürliche und unbefriedigende wie diejenige, welche mit einem „Vertragselement" operiert.

Es dürfte sich u. E., wie sonst so auch hier, empfehlen, den römischen Rechtsbegriff „Quasikontrakt" möglichst aus

---

[48]) vergl. Endemann Anm. 11.

[49]) vergl. Loewenwald, d. Gem. Testam. — — S. 43, der dieser Ansicht als „der richtigen Erklärung" das Wort redet.

[50]) vergl. Puchta: „Vorlesungen über das heutige röm. Recht", Leipzig 1863 S. 367.

[51]) vergl. Seuffert's Archiv: z. B.:
Bd. I No. 93, Entscheidung vom 24. 12. 1840.
Bd. XLI No. 196 „ „ 24. 5. 1884.
Bd. XLI No. 258 „ „ 9. 11. 1887.

unserer Rechtssprache wegzulassen.[52]) Weil offenbar kein Vertrag im Spiele ist, sieht man sich allerdings genötigt, ihn selbst als solchen zu verleugnen, um ihn jedoch gleich hernach in nur scheinbar veränderter Gestalt, mit ähnlichem Namen, wiedereinzuführen.

Zur Lösung der Frage trägt die Theorie vom Quasikontrakt u. E. nichts bei. weniger noch als die andere, welche den Vertragscharakter behauptet. Diese letztere hat wenigstens den Vorzug der Klarheit.

Wir fanden nach allem also nicht die Notwendigkeit, uns auch nur im geringsten der Auffassung gefangen zu geben, die im Gemeinschaftlichen Testamente ganz oder wenigstens unter Umständen ein Vertragsgebilde erblickt.[53])

---

§ 6.

Wir haben nunmehr zu einer weiteren Theorie Stellung zu nehmen, und zwar zu derjenigen, welche das Geheimnis der Korrespektivität durch Anwendung der Rechtskategorie Bedingung auf die Verfügungen der Ehegatten aufdecken will. Unter anderen finden wir diese Lehre von Puchta[54]) und Köppen[54]) und Dernburg[54]) vertreten. Eine recht knappe Form findet sie besonders in Jakubezky's Bemerkungen zum Entwurf:[54]) „Mit dem Widerrufe werden die von der widerrufenen Verfügung abhängigen Verfügungen des anderen Ehegatten wegen Ausfalles der Bedingung, unter welcher sie getroffen sind, hinfällig".

Die eine korrespektive Verfügung soll darnach also unter der negativen Potestativ-Bedingung errichtet worden sein, dass die andere nicht widerrufen werde, ferner unter der — wohl meist — kasuellen Bedingung, dass die andere nicht nichtig sei oder werde.

---

[52]) ebenso Fischer S. 69; vergl. ferner Loewenwald, d. Gem. Test., S. 42—3.

[53]) vergl. auch Frommhold Anm. 2c zum § 2271 B. G.-B.

[54]) vergl. Puchta, Pandekten über das heutige römische Recht, Bd. II § 481 und ferner Köppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts § 84 S. 551 ff. Jakubezky S. 321, Dernburg § 97, Loewenwald, d. Gem. Test. S. 57.

Und zwar soll hier nicht die Resolutiv-Bedingung,[55]) wie man vielleicht auf den ersten Blick vermuten möchte, Anwendung finden, sondern die Suspensiv-Bedingung. Erst dann soll der durch die korrespektive Verfügung Bedachte endgültig Erbe werden können, wenn das aufschiebende Moment beiseitigt sein wird. Und zwar ist dieses die negative Thatsache der noch mangelnden Sicherheit über die Frage, ob von der gegnerischen Seite von dem Widerrufsrechte Gebrauch gemacht werden wird, bezw. ob die gegnerische Verfügung sich als nichtig herausstellen wird oder nicht. Beiseitigt würde aber unter der Herrschaft des römischen Rechts diese Sicherheit erst mit dem Tode des Überlebenden, da dieser ja vor seinem Versterben jederzeit widerrufen durfte. Um also persönlich Anteil an der ihm doch zugedachten Erbschaft nehmen zu können, m. a. W. um die Existenz der Bedingung herbeizuführen, musste er die **cautio Muciana** entrichten.[56])

Der zweite Absatz des § 2271 B. G.-B. bringt nun insofern eine grosse Änderung gegenüber dem gemeinen Rechte, als sich ja nach ihm die Frage nach der Existenz bezw. Nichtexistenz sehr viel früher endgültig entscheiden müsste.[57]) Bereits mit dem Tode des Erstverstorbenen wäre[57]) die erste Bedingung, dass nicht widerrufen werde, erfüllt. Die zweite Bedingung, dass keine Nichtigkeit eintrete, erfüllte sich sodann mit dem Erbschaftsantritte seitens des Überlebenden, insofern als ihm von diesem Augenblicke an nicht mehr die Berechtigung, das Zugewendete auszuschlagen, zusteht, er somit nicht mehr in der Lage ist, durch Ausschlagung seine eigene Verfügung „aufzuheben", d. h. nichtig zu machen.

Wie wesentlich nun auch dieser Unterschied in der Regelung seitens des gemeinen Rechts und des B. G.-B. ist, er ist darum doch kein Grund, um event in dem einen Rechtssystem die Bedingtheit korrespektiver Verfügungen

---

[55]) vergl. unter andern nur älteren Schriftsteller Hasse, Rh. Museum. Gegen sie führte man seitens gemeinrechtlicher Schriftsteller mit Recht den römisch-rechtlichen Grundsatz ins Feld: „semel heres, semper heres"; das B. G.-B. hält an ihm jedoch nicht mehr fest, wie die Anerkennung der Nacherbfolge darthut.

[56]) vergl. l. 4, § 1 D. de cond. inst. 28,7; und l. 7, § 1 D. de cond. et. dem. 35,1.

[57]) vom Standpunkte eines Verfechters dieser Theorie gedacht.

zuzugeben, in dem anderen nicht. M. a. W. wer ehedem Anhänger der besagten Theorie war, muss es auch heute dem B. G.-B. gegenüber bleiben.

Wir glauben auch diese Lösung unseres Problems trotz ihrer grossen Vorzüge abweisen zu müssen.

Nicht umsonst sagt Strohal ausdrücklich:[58])

> „Das Gesetz behandelt darnach also korrespektive Verfügungen so, als ob die eine unter der Bedingung getroffen worden wäre, dass die andere nichtig ist und nicht widerrufen wird".

Wir legen Wert daraut, dass Strohal nicht sagt, die Korrespektivität sei nichts anderes als Bedingtheit. Im Gegenteil: sein „als ob — wäre" enthält zugleich ein: „dem ist jedoch in Wirklichkeit nicht so".

Denken wir an den Fall, wo — B. G.-B. § 2269 II — „der beiderseitige Nachlass nach dem Tode des Überlebenden an einen Dritten fallen soll". Versetzen wir uns ferner in die Lage jemandes, der, nachdem der überlebende Ehegatte das Erbe des Erstverstorbenen angetreten hat, nachdem jener also endgültig an die eigene, bezw. gemeinsame, Verfügung gebunden ist, zurückblickt und sich den Gang der Ereignisse von der Errichtung des korrespektiven Testamentes an bis zum Erbschaftsantritte noch einmal vergegenwärtigt. In seinen Augen dürfte sich allerdings das Nichteingreifen eines Widerrufs seitens des hernach Überlebenden, bezw. das nicht Nichtigwerden der Verfügung des Überlebenden als „Bedingung" der endgültigen Wirksamkeit derjenigen des Erstversterbenden darstellen, m. a. W. er wird urteilen: „Wenn der hernach Überlebende nicht — nicht widerrufen hätte . . ., dann wäre die Verfügung des Erstversterbenden unwirksam geworden". Wie gesagt, wäre das aber ein Urteil, welches erst nachträglich, nachdem die Entscheidung eingetreten, gefällt wurde.

Mit dieser Bedingung im objektiven Sinne rechnet aber das B. G.-B. offenbar nicht, wenn es diesen Ausdruck gebraucht. Wie die §§ 158 ff. des Allgemeinen Teiles unwiderleglich bekunden, bezeichnet „Bedingung" nur eine —

[58]) vergl. Strohal § 43 S. 181—2 und ferner Anm. 8 Anfang.

von dem oder den ein Rechtsgeschäft Vornehmenden ausdrücklich oder doch wenigstens stillschweigend dem Rechtsgeschäfte beigefügte — Nebenbestimmung. So ist sie z. B. beim Vertrage Bestandteil der Vertragsabrede, wie jede andere auch.

Wollten wir demnach in unserem Falle, dem des § 2270 Abs. 1, ebenfalls grundsätzlich von Bedingtheit im Sinne des Gesetzes sprechen, so müsste zunächst geprüft werden, ob bei der jedesmaligen Errichtung eines korrespektiven Testamentes von jedem Gatten die Abhängigkeit seiner Verfügung von dem Bestande derjenigen des anderen gewollt, und dieser Wille zum Ausdruck gebracht wird.

Wir gelangen bei einer solchen Prüfung aber zu demselben Ergebnisse, zu welchem wir schon einmal gelangten, als die Frage dahin ging, ob die nach dem Erbschaftsantritte des Überlebenden einsetzende Bindung eine vertragliche sei. Denn ebenso wenig, wie dort diese Wirkung stets eine von den Ehegatten vorher gewusste, ja sogar immer ihrem Willen entsprechende war, bedarf es unbedingt des Wissens und Willens des Testierenden, damit hernach seine Verfügung beim Wegfall der korrespektiven ebenfalls hinfällig werde.

Der § 2270 belässt darüber keinen Zweifel, dass sie **ipso iure** hinfällig wird, also auch dann, wenn der eine, von dem Wegfall der Verfügung des anderen vollauf unterrichtete Ehegatte dennoch seine eigne nicht aufheben will.[59]) Er irrt sich, wenn er der Meinung lebt, seine Verfügung behalte dennoch weiterhin Kraft. Will er trotzdem an ihr festhalten, muss er ein neues, nicht gemeinschaftliches Testament desselben Inhaltes errichten.

Diese durchgreifende Vorschrift des § 2270 Abs. 1 erledigt u. E. die Frage, ob die Kategorie „Bedingung“ zur Anwendung komme. Der Ehegatte, von dem wir zuletzt sprachen, der die Abhängigkeit seiner eigenen Verfügung von der des anderen in ihrem Bestande nicht einmal wünscht, hat doch gewisslich nicht seine Verfügung unter der Bedingung getroffen, dass sie nur dann wirksam werden solle,

[59]) vergl. Windscheid § 568 Anm. 5, ferner in unserem Sinne Fischer auf S. 84 und Loewenwald, d. Gem. Test. . . . — S. 59, 63.

falls die Verfügung des anderen nicht widerrufen, bezw. nicht nichtig werde.

Wir glauben somit den Nachweis gesichert, dass die wechselseitige Bedingtheit nicht das Wesen des korrespektiven Testamentes ausmacht.[60])

Damit soll ja keineswegs geleugnet werden, dass die Parteien selbst sehr oft bedingungsweise letztwillig verfügen. Damit schaffen sie allerdings Bedingtheit, jedoch nur darum, weil der gemeinsame Wille in diesem oder jenem Falle bewusst auf dieselbe gerichtet war: die Korrespektivität als solche in ihrer allgemeinen Eigenart harrt darum dennoch noch ihrer Deutung.

Der von uns nach dem Vorhergehenden abgewiesene Standpunkt kann wohl kaum besser als von Hartmann[61]) bekämpft werden, wenn er schrieb:

> „Vielmehr wird das ganze Gewicht auf den Willen der Testatoren gelegt, nur weil und insoweit dieser sonst verletzt werden würde, soll das eine Testament mit dem anderen untergehen. Die einzige juristische Form nun, in welcher dieser Wille durchgreifend realisiert werden kann, ist die Bedingung . . .“

§ 7.

Schneller erledigt sich u. E. die Beurteilung der hauptsächlich von Windscheid im Gegensatz zu der Lehre von der Bedingtheit aufgestellten Theorie, nach welcher „jedes Testament unter der Voraussetzung errichtet worden ist, dass das andere seinen Bestand behalte.[62]) Wie sich Windscheid die Handhabung seines Begriffs denkt, veranschaulichen am besten seine eignen Worte: „Fällt daher das

[60]) vergl. Prot. V S. 450 unten, wonach darüber in der Kommission auch „Einverständnis herrschte“.

Dafür, dass der Gesetzgeber nicht im Sinne der Bedingtheit dachte, spricht auch der Umstand, dass er die Kategorie „Bedingung“ nicht ausdrücklich einführte, wie es doch z. B. im § 495 geschehen ist.

[61]) Hartmann § 5 S. 128 ff.

[62]) Windscheid Anm. 5.

eine Testament weg, so verliert das andere nicht direkt seine Wirksamkeit, sondern kann zurückgenommen werden."

Wie aber schon ausgeführt, deckt sich diese Regelung der Korrespektivität gar nicht mit derjenigen des B. G.-B., welches das unmittelbare Wegfallen der zweiten Verfügung vorschreibt. Für diese gemeinrechtliche Lösung dürfte somit im Rahmen des B. G.-B. kein Platz sein.

§ 8.

Nach Endemann soll dem Gemeinschaftlichen Testamente, soweit es korrespektiv ist, nicht nur ein „vertragartiges Element" zu Grunde liegen, sondern der von ihm mit Vorliebe angewandte Ausdruck Gesamtverfügung soll „anklingen an das Güterverhältnis zu gesamter Hand".

So unklar nun zwar schon sein „Vertragselement" war, so juristisch unbrauchbar ist u. E. sein „Anklingen". Er will offenbar sagen: die wechselseitige Abhängigkeit korrespektiver Verfügungen ist nur ein Ausdruck, eine Konsequenz der Übereinstimmung, welche im Willen der Testierenden besteht. Die Verfügung des einen Gatten ist, weil sie nur auf Grund gemeinsamer Überlegung getroffen ist, also gleichsam aus dem einheitlichen Gesamtwillen der Ehegatten stammt, ebenso die Verfügung des anderen.

Wenn demnach eine von diesen „Gesamtverfügungen" hinfällig geworden ist, ist zugleich der eine eheliche Gesamtwille zerrissen, damit dann aber auch die Voraussetzung für die Wirksamkeit der zweiten Gesamtverfügung weggeräumt.

Wie gesagt trägt nach Endemann jedes korrespektive Testament den Charakter der Gesamtverfügung. Das geht unbestritten aus dem Zusammenhange seiner Ausführungen[63]) hervor. Er macht somit keine Unterschiede. Wir möchten jedoch — veranlasst durch Jakubezky's „Bemerkungen"[64]) — zur Vereinfachung der Fragestellung eine Unterscheidung vornehmen. Denjenigen korrespektiven Verfüg-

[63]) vergl. Endemann § 45 2, b. u. Anm. 7.
[64]) vergl. Jakubezky s. o. S. 319.

ungen, welche keine gemeinschaftliche Bestimmung im Sinne des § 2269 Abs. 1 über den Nachlass des überlebenden Gatten treffen, sollen die anderen gegenübergestellt werden, die eine solche Bestimmung wohl enthalten. Und die Frage soll wieder nicht lauten: „Klingt etwas an das Gesamthandsverhältnis an?“, sondern: „Liegt ein Gesamthandsverhältnis geradezu vor oder nicht?“

Die erste Art korrespektiver Verfügungen dürfte da sofort ausscheiden müssen. Denn worin eigentlich gipfelt das Gesamthandsprinzip? Doch gerade darin, dass alle Verfügungen, welche von den beteiligten Personen ausgehen, von ihnen allen in ihrer Gesamtheit (manibus coniunctis) getroffen und, falls sie aufgehoben werden sollen, ebenso wieder von allen aufgehoben werden müssen.

Errichten aber Eheleute ein korrespektives Testament, etwa des Inhalts, dass sie sich gegenseitig bedenken, so liegt k e i n e von ihnen beiden in ihrer Gesamtheit getroffene Verfügung vor, sondern doch durchaus zwei einzelne Verfügungen. Und ferner: ein jeder kann a l l e i n, ohne dass er auch nur der Zustimmung des anderen bedürfte, seine eigne Verfügung — wenigstens grundsätzlich — aufheben. Gewiss ist er im Falle des § 2271 Abs. 2, falls seine korrespektive Verfügung einen dritten — d. h. nicht den Gatten selbst — bedacht hatte, und nunmehr der Gatte verstirbt, gebunden: aber d a s s er gebunden ist, kann auf kein Gesamthandsverhältnis zurückgeführt werden, weil er ja die betreffende Verfügung allein, ja sogar vielleicht ursprünglich ohne Wissen des Gatten, getroffen hatte.

In welchen güterrechtlichen Verhältnissen die Eheleute vor der Errichtung ihres korrespektiven Testamentes gelebt haben, ist in diesem Zusammenhange belanglos.

Es wird allerdings nicht selten vorkommen, dass Eheleute, welche in Gütergemeinschaft gelebt haben, des Glaubens sein werden, ihre Verfügungen letztwilliger Art in einander gleichmässig bindender Weise gemeinsam getroffen zu haben, wie sie ihre Rechtsgeschäfte unter Lebenden abgeschlossen haben.[65]) Sie standen ja nun allerdings während

[65]) wie gesagt ist hier und im folgenden nur von den Verfügungen die Rede, die nicht im Sinne des § 2271 „gemeinschaftliche“ genannt werden können.

ihrer Ehe in einem — geradezu typischen — Gesamthandsverhältnisse: nur gemeinsam konnte eine Verfügung über das Gesamtgut getroffen und aufgehoben werden. Ihre Verwunderung, dass nunmehr ihre „gemeinsamen“ letztwilligen Anordnungen einer anderen Regelung unterliegen sollen, ist begreiflich. Es ist ihnen jedoch nicht zum Bewusstsein gekommen, dass hier gar keine Gesamtverfügung im strengen Wortsinne vorliegt. Denn nicht verfügte ja bei Errichtung des korrespektiven Testamentes ein jeder Gatte über das ganze Gesamtgut, wie er es gemeinsam mit dem anderen bei **negotia inter vivos** gethan hätte, sondern doch nur über seinen ideellen Anteil an dem Gesamtgute. Er will diesen beispielsweise mit dem ideellen Anteile des andern, falls dieser ihn überleben sollte, nach seinem Vorversterben vereinigt wissen. Eine solche Einzelverfügung entspringt somit gar nicht dem Gesamthandsverhältnisse, das die Gatten sonst verband, sie kann also grundsätzlich jederzeit von ihrem Errichter aufgehoben werden.

Insoweit müssen wir demnach unsere Frage verneinen: das Gesamthandsprinzip findet keine Anwendung.

Ganz anders liegen die Umstände, falls das korrespektive Testament im Sinne des § 2269 Abs. 1 eine Bestimmung beider Ehegatten enthält, „dass nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlass an einen Dritten fallen soll“. Hier greift u. E. das Gesamthandsprinzip allerdings ein. Denn hier verfügt nicht jeder allein über seinen Anteil am beiderseitigen Vermögen, sondern beide verfügen zusammen über ein und dasselbe Vermögen: „die Ehegatten bestimmen“, besagt ausdrücklich der Text.

Und zwar ist's wieder belanglos, welches güterrechtliche System vor Errichtung eines solchen korrespektiven Testamentes die Vermögensverhältnisse der Eheleute regelte. Auch bisherige Gütertrennung ist kein Hemmnis dafür, dass man zu einer derartigen gesamthandlichen Verfügung schreite. Der Gegenstand dieser ist eben nicht eine schon jetzt — bei beiderseitigen Lebzeiten — wirklich bestehende gemeinschaftliche Vermögensmasse. Denn dann kämen ja nur die in Gütergemeinschaft lebenden Eheleute als Errichter in Betracht. Gegenstand ist vielmehr eine Ver-

mögensmasse, welche noch nicht einheitlich existiert, welche erst noch in der alleinigen Hand des Überlebenden mit dem beiderseitigen Willen aus beiderseitigen Zuschüssen gebildet werden soll. Über diese in Zukunft einheitliche Masse[66]) verfügen nun diejenigen, welche einstweilen noch eventuell selbständige Eigentümer[67]) von deren Bestandteilen sind, letztwillig im voraus. Damit ist allerdings zugleich gesagt, dass diese Verfügungen nur bedingt sein können. Denn o b sich die verschiedenen Vermögen zu einer einheitlichen Vermögensmasse vereinigen werden, d. h. o b kein Widerruf zu Lebzeiten beider Eheleute eingreifen wird, o b ferner nicht der Überlebende etwa von seinem Ausschlagungsrechte im Sinne des § 2271 Abs. 2 B. G.-B. Gebrauch machen wird, ist ja noch gar nicht entschieden. „Die Grundlage und Bedingung der gemeinschaftlichen Verfügung bildet der Anfall aus dem Nachlasse des zuerst versterbenden Teiles".[68]) Wir dürfen hier den Begriff „Bedingung" rückhaltlos anwenden, im Gegensatze zu oben, wo die Bedingtheit das Wesen a l l e r korrespektiven Verfügungen ausmachen sollte. Dort fanden wir solche, welche durchaus nicht bedingt errichtet worden waren, hier bringt es der Sachverhalt mit sich, dass sie unter einer Bedingung getroffen sein m ü s s e n. Denn wenn die Eheleute über eine noch nicht zusammengefügte Vermögensmasse im voraus verfügen, geschieht solches doch nur unter der Bedingung, dass eben diese Masse zusammengefügt werde, d. h., dass das Vermögen des Erstversterbenden ganz oder teilweise dem des Überlebenden anfalle.

Aus dem Gesamthandsprinzipe heraus erklärt sich bei korrespektiven Verfügungen d i e s e r Art — B. G.-B. § 2271 Abs. 2 — auch das „Erlöschen des Rechtes zum Widerrufe mit dem Tode des anderen Ehegatten". Nur gemeinsam soll eine gemeinsame Verfügung aufgehoben werden können: der e i n e Beteiligte ist ausgeschieden, es ist die Aufhebung unmöglich geworden, der a n d e r e ist und bleibt gebunden.

---

[66]) vergl. Frommhold, Kommentar, Bem. 1, Mitte, zum § 2269 B. G.-B., wo Hinweis auf das ebenso einheitliche Gesamtgut bei der Gütergemeinschaft, — ferner Fischer, S. 55, Mitte.

[67]) z. B. bei Gütertrennung.

[68]) vergl. überhaupt Jakubezky's Bemerkungen zum Entwurf.

Wohl kann er — ehe er endgültig Erbe geworden ist — die Zuwendung des Erstverstorbenen ausschlagen und dadurch seine Gebundenheit vermeiden. Dadurch widerstrebt er aber keineswegs den sich aus dem Gesamthandsverhältnisse ergebenden Fesseln, denn er schliesst ja dadurch gerade den Anfall des einen Vermögens zum andern und damit die Erfüllung der Bedingung aus, von deren Eintritt die Wirksamkeit der gemeinschaftlichen Verfügung abhängt.

§ 9.

Unsere Aufgabe soll es nicht sein, alle sonstwie gemachten Versuche, die rechtliche Natur des Gemeinschaftlichen Testamentes zu ergründen, einer eingehenden Untersuchung zu unterziehen, umsoweniger, als wir u. E. den hervorragenderen diesbezüglichen Theorieen gerecht zu werden uns bemühten.

Es giebt, wie wir gesehen haben, keinen einheitlichen Gesichtspunkt von dem aus man dieses Institut in allen Teilen erklären könnte, keine juristische Kategorie, der es sich restlos unterordnen liesse. Unser Ergebnis ist demnach bescheiden: mit Ausnahme des Falles, wo wir das korrespektive Testament als durch das Gesamthandsprinzip beherrscht fanden, müssen wir auf eine Erklärung mittelst in der Rechtssprache festgelegter Kategorieen verzichten. Wir müssen uns damit begnügen, alle diejenigen Punkte, in welchen das Gemeinschaftliche Testament von der normalen Testamentslehre abweicht, zu prüfen und jedesmal zu bestimmen, warum der Gesetzgeber geradeso und nicht anders geregelt hat.

Es kommen drei wichtige Punkte in Betracht:

1) Im allgemeinen stellt das Testament eine in ihrem Bestande von den Verfügungen anderer Personen unabhängige Verfügung dar. Es fällt nur in sich zusammen, wenn sein Errichter es will, z. B. wenn er widerruft. Woher rührt nun hier, beim Gemeinschaftlichen Testamente, diese völlige Abhängigkeit einer letztwilligen Verfügung von der andern? Wie

die Protokolle ausdrücklich belegen, dachte der Gesetzgeber nicht im geringsten an eine durch vertragliche Bindung oder durch wechselseitige Bedingtheit begründete Abhängigkeit. Er fand nur, dass die eine Verfügung „mit Rücksicht“[69]) auf die andere getroffen sei. Um die beim Wegfall der einen eintretende Unbegründetheit und Ungerechtigkeit, die im Wirksambleiben der anderen liegen würde, zu beseitigen, führte er die Korrespektivität unter ihnen ein. Wie wenig er selbst an die Möglichkeit dachte, irgend eine geläufige Rechtskategorie der Korrespektivität zu Grunde legen zu können, beweist auch der Umstand, dass er keinen passenderen Ausdruck fand als „den Zusammenhang des Motivs“ und dass er zugleich selber zugeben muss, dass damit nicht viel gewonnen sei.[70])

2) Während im allgemeinen der Widerruf einer letztwilligen Verfügung formlos geschieht, bedarf es zum Widerrufe korrespektiver Anordnungen der Form. Daraus, dass diese Form dieselbe ist, welche auch zum Rücktritte vom Erbvertrage erforderlich ist, darf, wie gesagt, nicht auf einen Vertragscharakter des korrespektiven Testamentes geschlossen werden. Es lag vielmehr ein offensichtliches Interesse[71]) vor, den Gatten, welcher „mit Rücksicht“ auf die nunmehr widerrufene Verfügung des anderen die seinige errichtet hatte, auf das Bestimmteste von dem Widerrufe zu unterrichten,[72]) ein Bedürfnis, das naturgemäss bei dem Widerrufe eines gewöhnlichen Testamentes nicht vorhanden ist.

---

[69]) vergl. auch Wilke —, Kommentar, Anm. 1 zum § 2270 B. G.-B.

[70]) vergl. Prot. V S. 450 unten; vergl. auch Endemann Anm. 10.

[71]) vergl. Künzel in Gruchot's Beiträgen, zu § 2271, sowie Frommhold: Anm. 2 b zum § 2271 B. G.-B., Hellmann in der Krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzg. und Rechtswissensch. Bd. 39 S. 225. Petersen, die Berufung zur Erbschaft —, S. 68 unten.

[72]) im Gegensatz zu Loewenwald, der auf S. 65 die Inkonsequenz bedauert, die darin besteht, dass ein Gesetz die Errichtung eines G. T. auch ohne Zuziehung von Notar und Richter zulässt, und trotzdem für den Widerruf einer korrespektiven Verfügung diese Form vorschreibt. U. E. muss eine solche „Inkonsequenz“ in den Kauf genommen werden, wenn es sich darum handelt, einem offenbaren Bedürfnisse entgegenzukommen.

3) Grundsätzlich haftet jeder letztwilligen Verfügung ihre Widerruflichkeit an. Aber diese am meisten charakteristische Eigentümlichkeit der Testamentsnatur fällt im Falle des § 2271 Abs. 2 B. G.-B. weg. Soweit das Gemeinschaftliche Testament im Sinne des § 2269 I B. G.-B. die Bestimmung beider Ehegatten, dass nach dem Tode des Überlebenden der beiderseitige Nachlass an einen Dritten fallen soll, enthielt, fanden wir die gesetzgeberische Vorschritt des § 2271 Abs. 2 innerlich durch das Gesamthandsprinzip begründet. Im übrigen waren vernunftgemässe und sittliche Erwägungen durchschlagend genug, um die Unwiderruflichkeit vom Tode des Erstversterbenden an als allgemeinen Grundsatz aufzustellen. Es wäre meinerseits eine hinterlistige und der gesetzlichen Anerkennung unwürdige Handlungsweise,[73]) wollte ich meinen Gatten bis zu seinem Tode durch Aufrechterhaltung meiner Verfügung in dem Wahne belassen, ich werde nach seinem Ableben ebenso verfahren, — nur um sein eignes, zu meinen Gunsten errichtetes, Testament vor der Aufhebung zu bewahren, und um hernach, wo ich endgültig sein Erbe geworden wäre, das meinige fallen zu lassen, dessentwillen er ja mich bedacht hätte[74]) [75]). Der Gesetzgeber will eben, dass ich gebunden sei. Ich bin damit aber noch lange nicht vertraglich gebunden. Der Wille des Gesetzgebers genügt, mich hier ebenso zu binden, wie er genügt, den ungerechtfertigt Bereicherten, den wegen Begehung einer zum Schadensersatze verpflichtenden Handlung Belangten, den ohne Auftrag handelnden Geschäftsführer zu binden.

[73]) vergl. Frommhold, Anm. 2 c zum § 2271 B. G.-B., sowie Wilke . . ., Kommentar Anm. 1 zum § 2271.

[74]) nach Borcherdt „entsagt“ der Überlebende durch die „Annahme“ der Erbschaft dem Rechte des Widerrufs. Ebenso Rüger, Sächsisch. Archiv. — Bd. 9 S. 433 oben.

[75]) Ausnahmefälle, wo dennoch keine Gebundenheit des Überlebenden Platz greift, behandelt Borcherdt auf S. 503 f.

Verzeichnis der benutzten Litteratur.

Alffers: Das gemeinschaftliche Testament nach Gemeinem Rechte und dem Rechte des B. G.-B., Greifswalder Dissertation 1899.

Baron: in Bd. 75 des Archivs für d. Civilist. Praxis S. 240 ff. 1889.

Bähr: Zur Beurteilung des Entwurfs 1888 S. 165. (Sonderabdruck aus der britischen Vierteljahresschrift H. 30).

Bähr: Der Gegenentwurf. — 1892 S. 371.

Beseler: Die Lehre von den Erbverträgen, I. und II. Teil. Göttingen 1835 und 1837.

Bluntschli: Deutsches Privatrecht, Bd. II, 3. Aufl. 1864.

Borcherdt: Das Erbrecht und die Nachlassbehandlung, II. Bd. 1900.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten, Bd. III, 2. Aufl. Erlangen 1886.

v. Buchka: Vergleichende Darstellung des Bürgerl. Gesetzb. und der Landesrechte. I. Bd. Das gemeine Recht 1899.

Bunsen: Einführung in das Bürgerl. Gesetzbuch, III. Bd. 1898.

Dernburg: Pandekten, Bd. III. Berlin 1894.

Eichhorn: Das Testament, 3. Aufl. 1898.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, Bd. III, 7. Aufl. Berlin 1900.

Enneccerus: in Bd. IV der „Verhandlungen des XX. Juristentages" 1889.

Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerl. Recht, II. Bd. 1900.

Fischer: in Bd. 6 des Archivs für Bürgerl. Recht, S. 54 ff. 1892.

Gierke: Der Entwurf des B. G.-B. und das deutsche Recht 1889.

Hartmann: Die Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten. Braunschweig 1860.

Hasse: Rheinisches Museum für Jurisprudenz, III. Jahrgang. Bonn 1829. Vom wechselseitigen Testament, S. 239 ff.

Heck: Vorlesung über Bürgerliches Recht, Teil II. Halle a. S., Buchdruckerei des Waisenhauses 1897.

Hellmann: in Bd. 39 der Krit. Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1897. S. 224 f.

Jakubezky: Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. München 1892.

Frommhold: Kommentar zum Erbrecht des Bürgerl. Gesetzb. II. 1900.

Kaufmann: Kommentar und Institutionen des Bürgerlichen Gesetzbuches, Bd. I. Bonn 1900.

Klöppel: in Bd. 33 der Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Gruchot) 1889. S. 362 f.

Koeppen: Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts. Würzburg 1895.

Krückmann: Institutionen des Bürgerl. Gesetzb., 2. Aufl. 1899.

Kühnast: Das Erbrecht des Entwurfs. 1888 Berlin.

Künzel: in Gruchot's Beiträgen, Bd. 41. S. 603 ff.

Lané: 1) Gutachten in Bd. I der „Verhandlungen des XX. Juristentages" 1889.

Löwenwald: Die gemeinschaftl. Testamente im Bürgerl. Gesetzb. 1899 Berlin.
Matthiass: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. 1900.
Meischeider: Die letztwilligen Verfügungen nach dem Bürgerl. Gesetzb. III. Lieferung. 1899.
Mommsen: in Bd. 76 des Archivs für d. Civilist. Praxis, S. 189. Anm. 11. 1890.
Motive zum Entwurf eines Bürgerl. Gesetzbuchs, Bd. V.
Petersen: Die Berufung zur Erbschaft und die letztwilligen Verfügungen überhaupt nach dem Entwurfe. (16. Heft der Beiträge zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfes.) 1889.
Planek: im Bd. 75 des Archivs für Civilist. Praxis, S. 403.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. V.
Puchta: Pandekten über das heutige römische Recht, Bd. II. Leipzig 1863.
Puchta: Vorlesungen über das heutige römische Recht. Leipzig 1863.
Reichsgerichts: Entscheidungen in den Bd. Bd. 6, 25 und 31.
Rüger: in Bd. 9 des Sächs. Archivs für Bürgerl. Recht und Prozess, 1899. S. 430 ff.
Schiffner: Der Erbvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche. 1899.
Seuffert's: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten. München und Leipzig.
Stein: in Bd. 6 der Gutachten aus dem Anwaltstande über die erste Lesung eines Bürg. Gesetzb., S. 476 ff, 1890.
Stobbe: Handbuch des deutschen Privatrechts, 1. und 2. Aufl. 1886.
Stolterfoth: Beiträge zur Beurteilung des Entwurfs. 1890.
Strohal: Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches. 2. Aufl. II. Teil. Berlin 1900.
Ubbelohde: in Bd. 75 des Archivs für Civilist. Praxis, S. 6 f.
Wilke-Koffka-Reatz-Neumann: Kommentar in Anmerkungen zum B. G.-B., Bd. V. 1900.
Wilke: 2) Gutachten in Bd. I der „Verhandlungen des XX. Juristentages". 1889.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. III. 7. Aufl. 1891. § 568.